

Arrêt référé

Audience publique du 20 mars deux mille treize

Numéro 39072 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;

Odette PAULY, premier conseiller;

Pierre CALMES, conseiller;

Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme C),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch/Alzette en date du 1^{er} octobre 2012,

comparant par Maître Laurent NIEDNER, assisté de Maître Fabio TREVISAN, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société anonyme G),

intimée aux fins du susdit exploit REYTER du 1^{er} octobre 2012,

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. la société anonyme Banque X),

intimée aux fins du susdit exploit REYTER du 1^{er} octobre 2012,

comparant par Maître Alexandre CAYPHAS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 4 septembre 2012, la société anonyme C) a fait donner assignation à la société anonyme G) S.A. et à la société anonyme BANQUE X) S.A. à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés, pour s'entendre dire que l'appel à la garantie est manifestement abusif, de voir constater que la société anonyme G) S.A. ne dispose d'aucune créance non sérieusement contestable à l'encontre de la société anonyme BANQUE X) S.A., celle-ci s'entendre par conséquent interdire de régler le montant de 200.000.- € à la société anonyme G) S.A. en l'absence d'une décision de justice définitive et exécutoire condamnant la société C) ou la société anonyme BANQUE X) S.A. au règlement du montant réclamé, subsidiairement d'ordonner à la société anonyme BANQUE X) S.A. de détenir ce montant en sa qualité de séquestre sans dépossession des fonds.

Par ordonnance du 18 septembre 2012, la demande de la société C) a été déclarée irrecevable au motif que la société anonyme BANQUE X) S.A. a souscrit au profit de la société anonyme G) S.A. une garantie à première demande indépendante des relations contractuelles de base entre la société C) et la société anonyme G) S.A., que la garantie à première demande a été émise pour remplacer la retenue de garantie conventionnellement prévue afin de pouvoir libérer ces fonds au profit de la société C) sans pour autant diminuer la garantie conventionnelle à fournir à la société anonyme G) S.A., qu'il ne résulte pas des éléments soumis au juge des référés que la société anonyme G) S.A., en sa qualité de bénéficiaire de la garantie à première demande, tente de déjouer le but de sa sûreté pour s'arroger un avantage manifestement indu, que partant l'existence d'une voie de fait, sinon d'un trouble manifestement illicite, laisse dès lors d'être établie, de sorte que la demande basée sur l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile a été déclarée irrecevable.

Le juge des référés a encore retenu que les conditions d'une mise sous séquestre ne sont pas réunies, l'existence de la fraude ou de l'abus n'étant

pas établie à l'exclusion de tout doute. En effet, pas plus qu'il ne peut, en l'absence de fraude ou d'abus manifestes, y avoir lieu à défense judiciaire, il ne peut y avoir lieu à mise sous séquestre judiciairement prononcée des sommes correspondant à la garantie. Car, interdiction de payer ou mise sous séquestre, le résultat est le même: la garantie n'est pas payée, alors qu'elle est payable à première demande (Cour d'Appel, 19.05.2010, n°35610).

Par exploit d'huissier de justice du 1^{er} octobre 2012, signifié à la société anonyme G) S.A. et à la société anonyme BANQUE X) S.A., la société C) a interjeté appel contre l'ordonnance de référé du 18 septembre 2012. La partie appelante demande de constater que la société anonyme G) S.A. ne disposait d'aucune créance non sérieusement contestable à l'encontre de la société anonyme BANQUE X) S.A., que le juge des référés aurait dû prononcer à l'égard de la société anonyme BANQUE X) S.A. l'interdiction de régler le montant de 200.000.- € réclamé par la société anonyme G) S.A., sinon, que le même juge aurait dû ordonner à la société anonyme BANQUE X) S.A. de détenir le montant en question en qualité de séquestre sans dépossession jusqu'à l'intervention d'un jugement définitif coulé en force de chose jugée ou d'une ordonnance de référé la modifiant, dans le cas où la société anonyme BANQUE X) S.A. n'aurait pas encore effectué le paiement, cette partie s'entendrait interdire de régler le montant réclamé à la société anonyme G) S.A. en l'absence de décision de justice définitive et exécutoire condamnant la société C) ou alors la société anonyme BANQUE X) S.A. au règlement du montant réclamé, subsidiairement, dans le cas où la société anonyme BANQUE X) S.A. n'aurait pas encore effectué le paiement, voir ordonner à la société anonyme BANQUE X) S.A. de détenir le montant en question en qualité de séquestre sans dépossession jusqu'à l'intervention d'un jugement définitif coulé en force de chose jugée ou d'une ordonnance de référé la modifiant.

A l'audience, les parties en cause ont informé la Cour de ce qu'entretemps la société anonyme BANQUE X) S.A. a exécuté le paiement litigieux. Il en découle nécessairement que les demandes relatives à l'interdiction à prononcer à l'égard de la société anonyme BANQUE X) S.A., respectivement à l'institution d'un séquestre sont devenues sans objet et qu'il n'y a plus lieu de s'y prononcer.

La partie appelante demande de voir retenir le caractère manifestement abusif de l'appel à garantie et d'entendre dire que le juge des référés aurait dû se prononcer autrement.

Recevabilité de l'appel

La partie intimée soulève l'irrecevabilité de l'appel pour défaut d'intérêt de la partie appelante à voir prendre une décision dans la présente affaire, le paiement par la banque étant intervenu. La partie intimée explique que même si l'ordonnance entreprise était réformée, l'interdiction de procéder au paiement était tardive.

En droit commun, il est constant que l'intérêt à agir s'apprécie au jour de l'appel (J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, éd. 1999, n° 1354, Cass. fr. 2e civ., 4 mars 1981, Bull. civ. 1981, II, n° 44).

Quant à la recevabilité de l'appel ou de l'intérêt à agir de l'appelant en référé, « l'intérêt à interjeter appel doit être apprécié au jour où est exercé le recours dont la recevabilité ne peut dépendre de circonstances postérieures » (Cass. fr. 2e civ., 7 oct. 1987, Bull. civ. 1987, II, n° 183).

La recevabilité de l'appel est fonction de l'intérêt à agir de l'appelante apprécié au jour de la signification de l'acte d'appel. Etant donné qu'il ne résulte pas des débats à l'audience, si à la date du 1^{er} octobre 2012 la société anonyme BANQUE X) S.A. avait fait droit à la demande de la société anonyme G) S.A., il y a lieu de dire que l'appel interjeté par la société C) est à déclarer recevable.

Quant à la demande

En relation directe avec le caractère provisoire de l'ordonnance de référé, le juge des référés doit apprécier la situation de fait et de droit, telle qu'elle se présente au jour où il statue. Ce principe est également applicable à la Cour saisie de l'appel d'une ordonnance de référé qui doit tenir compte des circonstances de fait telles qu'elles se présentent au jour où elle doit rendre sa propre décision pour apprécier le bien-fondé des mesures qui lui sont demandées de prendre, la situation dont est saisi le juge ne se fixe pas, en effet, avant que l'arrêt soit rendu.

En l'occurrence, eu égard au fait que la banque a procédé en cours d'instance d'appel au paiement dont interdiction est requise, la demande est devenue sans objet.

Mais si le référé devient sans objet en cours d'instance, le juge doit, pour déterminer la partie tenue des frais de justice de l'instance, examiner si la demande était justifiée à la date à laquelle elle a été formée.

La société C) conteste que la société anonyme G) S.A. ait valablement et de façon opposable aux tiers acquis les droits de G) S.C.I. et critique le juge de première instance pour avoir dit que l'appelante a accepté à trois

reprises de voir prolonger au profit de la société anonyme G) S.A. ladite garantie bancaire du 10 mai 2010.

En cas de reconduction ou de renouvellement d'un contrat, la nouvelle période est constitutive d'un nouveau contrat, de sorte que le juge des référés a à bon droit déduit du prolongement de cette garantie, que l'appelante a accordé au profit de la société anonyme G) S.A. une nouvelle garantie.

Cette interprétation est d'autant plus juste que l'appelante se prévaut elle-même de l'acte de dissolution de la société civile G) S.C.I.. En effet, la personnalité juridique des sociétés civiles ne survit pas à leur dissolution, de sorte qu'à compter du jour de cette dissolution, les anciens associés se retrouvent en indivision. En l'occurrence, la partie intimée étant devenue l'unique associé de la société civile, elle a nécessairement retrouvé dans son patrimoine « l'ensemble du patrimoine social, ...les actifs et passifs mais aussi tous les postes hors bilan tels que les garanties données à des tiers ainsi que les activités, les contrats, les engagements et les créances généralement quelconques de la société civile G) », tel qu'il résulte de l'acte de dissolution publié au Mémorial.

La partie appelante conteste que l'acte litigieux constitue une garantie bancaire autonome à première demande.

La garantie bancaire est libellée comme suit: « hiermit bestätigen wir Ihnen, dass wir im Auftrag unseres o.g. Kunden, der C) SA, Ihnen gegenüber eine selbstschuldnerische Bürgschaft übernehmen. Die Garantie ist unwiderruflich. Diese Bankgarantie stellt Ihnen gegenüber eine abstrakte Verpflichtung dar, durch welche wir dazu verpflichtet sind, die Garantie auf erste Anforderung Ihrerseits hin auszuführen, ohne eventuelle Einreden unseres Kunden geltend machen zu können ».

C'est à bon droit que le juge des référés a retenu que la société anonyme BANQUE X) S.A. s'oblige à payer inconditionnellement et que partant cette dernière a souscrit une garantie à première demande indépendante des relations contractuelles de base entre la société C) et le bénéficiaire.

La société C) conteste encore le bien-fondé des vices invoqués par la société anonyme G) S.A. dans la lettre recommandée du 23 juillet 2012.

La défense de payer requise par la société C) se fondant sur des exceptions tenant au contrat de base est à rejeter, étant donné que la spécificité de la garantie octroyée consiste précisément dans la suppression de toute possibilité de faire valoir les exceptions de cette nature. En l'occurrence, la garantie précise « ohne eventuelle Einreden unseres Kunden geltend machen zu können » et prévoit donc expressément l'inopposabilité

des exceptions. Le caractère autonome de la garantie exclut toute référence aux conditions d'exécution du contrat de base.

L'appelante fait valoir qu'un règlement par la société anonyme BANQUE X) S.A. des montants réclamés par la société anonyme G) S.A. l'exposerait au risque de ne jamais pouvoir récupérer les montants en question.

La force obligatoire du contrat valablement conclu s'impose au juge. Il ne peut, pour des raisons d'équité ou d'opportunité, voire pour éviter au demandeur un préjudice irréparable, interdire l'exécution d'un contrat auquel le donneur d'ordre n'est pas partie et auquel les intéressés ont expressément voulu conférer une complète indépendance.

C'est encore à bon droit que le juge des référés a dit que les conditions d'une mise sous séquestre ne sont pas davantage réunies.

En effet, la juridiction des référés, saisie d'une demande visant à interdire le paiement d'une garantie, ne peut que soit interdire le paiement en raison de la fraude, soit refuser de faire droit à la demande et par conséquent laisser le paiement s'effectuer, mais sans l'assortir de modalités, notamment sans obliger le bénéficiaire à fournir une caution bancaire, respectivement à mettre sous séquestre la garantie. Le caractère irrévocable de l'engagement ne laisse pas de place à une mesure de séquestre de la part du donneur d'ordre.

En considération de ces développements, il y a lieu de dire que l'appel interjeté par la société C) n'était pas justifiée et la partie appelante est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme,

dit que la demande est devenue sans objet,

condamne la partie appelante aux frais et dépens de l'instance.